

A (I)LEGALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

Rafael Silva PADOVEZ¹
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA

RESUMO: Em meio a todo caos político dentro de nosso país dos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal cada vez mais utiliza-se de práticas além de suas funções constitucionais, por meio do ativismo judicial. Não estando limitado apenas a resolver conflitos, sua função primordial, os Ministros do Supremo tomam posições políticas, legislam por meio de suas súmulas vinculantes, e até mesmo presidem investigações, baixando inquéritos de ofício. E recentemente, por meio de votação dos mesmos é definida a criminalização da homotransfobia, as práticas fundadas na homofobia e transfobia, por uma interpretação extensiva da lei de racismo, representando uma clara violação ao princípio da legalidade, representando uma arbitrariedade estatal, e um risco a segurança jurídica.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Criminalização da homofobia. Princípio da legalidade.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira foi promulgada em 1988, e trouxe consigo uma grande inovação de direitos e garantias, principalmente no que tange a igualdade e busca pela proteção da liberdade, sem abusos de particulares e do próprio Estado, evitando assim a arbitrariedade dos governantes.

Porém, com sua promulgação surge o ativismo judicial, práticas do Supremo Tribunal Federal no sentido de ir além de suas funções constitucionais, agindo como um sujeito político.

E então, aquele Poder fundado no contramajoritarismo passa a se ter parcialidade em alguns casos, e aumenta seu escopo de atuação, presidindo investigações, legislando por súmulas vinculantes, e então recentemente criam uma norma penal incriminadora, por meio de uma interpretação extensiva.

Contraposto a esta prática temos os princípios limitadores do Código Penal, em especial o princípio da legalidade, que vem a combater a arbitrariedade estatal, gerando assim uma situação extremamente conflituosa.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Rafael.padovez@hotmail.com

2 A ORGANIZAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Aristóteles em sua obra clássica *Política* trouxe uma ideia de organização da constituição, que versaria sobre assuntos políticos, funções públicas e como deveria ser o Poder Judiciário. John Locke por sua vez desenvolveu uma teoria mais aprofundada, principalmente no que toca a separação dos poderes, dividindo em Poder Legislativo, Judiciário e Executivo, e trazendo até mesmo um quarto poder, a prerrogativa.

Porém, foi com Montesquieu que essa temática sobre divisão dos poderes se tornou conhecida e relevante, em sua obra *Do Espírito das Leis*, trazendo consigo um conceito de liberdade destes poderes, podendo realizar tudo aquilo permitido em leis, sendo este limite a linha tênue entre o abuso e a ordem na sociedade.

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 define os poderes, sendo estes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este Judiciário tem o poder e prerrogativa de resolver conflitos da ordem civil e punir as transgressões a lei penal, elevando a justiça e defesa dos direitos dos cidadãos.

Este mesmo artigo ainda diz que esses poderes são independentes e harmônicos entre si, e assim, eles funcionam em conjunto, até mesmo fiscalizando uns aos outros, controlando a legalidade de seus atos, sendo a legalidade a observância da lei, de acordo com a ordem jurídica vigente.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Em sua obra, Montesquieu ainda fala sobre a necessidade dos poderes serem exercidos por sujeitos diferentes, uma vez que a partir do momento em que estes se unem para apenas um titular, a liberdade deixa de existir, e surge um poder tirânico. Assim, se o Poder Judiciário se torna unificado ao Legislativo, sem respeitar seus limites constitucionais, surge a arbitrariedade, criando o juiz legislador.

E nesse sentido, temos o ativismo judicial, praticado pelo Supremo Tribunal Federal, a instância suprema do Poder Judiciário, responsável pelo controle da legalidade das normas constitucionais.

Esse ativismo representa uma maior abrangência da atuação deste Poder, fora de suas funções de apenas ser sujeito distante e passivo, passando a ser um participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.

O Poder Judiciário foi ganhando seu papel de forma gradual, e em grande parte proporcionado por ser o controlador da constitucionalidade das leis, exercendo um papel importante na política do país.

Surge então da atuação do Supremo Tribunal Federal as súmulas vinculantes, a fim de pacificar entendimentos, com obrigatoriedade em sua aplicação pelos Juízes e Tribunais do Poder Judiciário, e até mesmo da administração pública, demonstrando uma forma de legislar indiretamente, pois uma súmula vinculante contrariada é passível de questionamento dessa violação perante o próprio STF.

Doravante, recentemente tivemos um caso de grande repercussão, por meio da instauração de ofício de um inquérito pelo Ministro do STF Dias Toffoli, para apuração das notícias falsas perpetradas contra os ministros deste corte.

Ora, o juiz é um sujeito processual imparcial, e não participante dos órgãos persecutórios, tais como o Ministério Público e a Polícia judiciária, e uma investigação conduzida pelo Próprio Poder Judiciário representa uma prática inquisitorial, onde aquele que julga também acusa, tal como funcionava na Idade Média, violando diversos direitos e quebrando o caráter contramajoritário dos juízes.

E então, surge nessa expansão das atividades do Poder Judiciário pelo STF a criminalização da homotransfobia.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dentro de nosso ordenamento jurídico temos princípios limitadores, que nasceram junto ao iluminismo, trazendo um caráter menos cruel ao Direito Penal, impondo limites ao Estado nas liberdades individuais, e protegendo o cidadão perante o poder punitivo do Estado.

Estes princípios possuem tamanha importância que se fazem presentes dentro de nossa Carta Magna. E dentre estes temos o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da CF, que diz expressamente “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Por este, temos a exclusividade de normas incriminadoras apenas em leis, sendo até mesmo vedadas Medidas Provisórias sobre matérias de Direito Penal, ainda que sejam favoráveis ao cidadão. Esse princípio cumpre sua função de limitar o poder de punir do Estado, de forma arbitrária.

Ainda dentro deste princípio podemos observar a vedação da interpretação extensiva *in malam partem*, ou seja, feita em desfavor do réu, assim, não se pode interpretar uma lei sobre algo que ela não diz expressamente para punir alguém, por isso as normas penais devem ser claras e objetivas, para não existir arbitrariedade. E assim, a criação de uma norma penal deve ser pelo procedimento previsto constitucionalmente para sua elaboração.

E então o Supremo Tribunal Federal de forma deliberativa cria a criminalização da “homotransfobia”, onde as práticas compreendidas como homofobia e transfobia passam a ser tratadas como uma forma de racismo, dentro da Lei 7.716/89, sem que esteja de forma expressa nessa lei, que apenas prevê a discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”.

O fundamento nessa criminalização pelos Ministros se dá na demora do Poder Legislativo em reagir ao tema, dizendo haver inércia e omissão, representando uma hipocrisia, uma vez que nosso Poder Judiciário é conhecido por sua demora em resolver conflitos, onde um cidadão pode esperar anos até ter a satisfação de um direito.

É visível a violação ao princípio da legalidade nessa atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que é feita uma interpretação de uma norma em desfavor do réu, criado um crime sem estar previsto em lei, e sem respeitar ainda o os procedimentos constitucionais para a criação de uma norma penal.

O Magistrado apenas toma uma posição inquisitorial, onde ele responsável por julgar, cria uma norma penal incriminadora, tomando uma posição ativa em acusar. Ele abusa de seu ativismo judicial, pratica uma conduta de outro Poder do Estado, e cria um precedente da ditadura de suas ações, e da arbitrariedade do poder punitivo do Estado, vinculado a vontade dos Ministros.

4 CONCLUSÃO

Assim, o Supremo Tribunal Federal excede completamente suas funções constitucionais, abusa de seu ativismo judicial, invade o escopo do poder legislativo, e viola os princípios mais básicos na proteção das liberdades individuais e contra o abuso do estado.

É bem verdade que existe uma grande demora de nosso poder legislativo em editar uma lei para essas questões de homofobia e transfobia, representando uma aberração não existir uma lei específica prevendo essa prática arcaica, e que viola diversos direitos básicos dos indivíduos, tal como sua dignidade, prevista essa em nossa constituição.

Porém, essa criminalização pode gerar um precedente maior, de ditadura deste Poder, representando um retrocesso, tal como na Idade Média, no sistema inquisitório, em que o juiz assume posições de parcialidade, legisla e julga, interpreta as normas penais, e se torna um grande perigo a segurança jurídica, abrindo espaço para que isso ocorra com outras práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2010. 374 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2153 p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014. 646 p.

STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. IMPRENSA STF, Brasília, 13, junho e 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: 2013. 45 p.